

Luca Calcaterra

Il preavviso di licenziamento tra efficacia reale ed efficacia obbligatoria della regola

Sommario: **1.** Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso. **2.** L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro. **3.** La natura giuridica della regola del preavviso. **3.1.** *Segue:* Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori. **3.2.** *Segue:* L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva. **4.** Il rapporto di lavoro durante il preavviso. **5.** L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo. **6.** Il preavviso nelle riforme degli ultimi anni.

1. *Il preavviso come forma di tutela degli interessi della parte che subisce il recesso*

Il preavviso di licenziamento, ovvero il periodo di tempo che decorre dall'intimazione al dispiegarsi dell'effetto risolutivo del rapporto, ha un'indubitabile valenza di tutela dell'interesse del lavoratore alla salvaguardia della stabilità del reddito. L'istituto nasce infatti con l'obiettivo di garantire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per provvedere alla ricerca di una nuova occupazione, nell'auspicio che ciò gli consenta continuità nella percezione di reddito¹. Questa funzione rispecchia quella tipica dell'istituto in tutti i rapporti contrattuali a tempo indeterminato², che la dottrina individua nell'esigenza di evitare un eccessivo turbamento nell'economia dell'altro

¹ Cfr. Cass. 5 novembre 2013 n. 24776 e 20 febbraio 2013 n. 4192; Cass. Sez. Un. 29 novembre 1994 n. 7914. Tutte le sentenze citate nel seguito senza diversa indicazione sono tratte da *De Jure*.

² Cfr. Cass. 29 ottobre 2013 n. 24335.

contraente, offrendogli tempo sufficiente per adeguare la propria organizzazione al venir meno del vincolo contrattuale³.

La funzione del preavviso quale forma di tutela dell'interesse del lavoratore alla continuità dell'impiego (e, quindi, del reddito) spiega perché in alcuni casi la logica che governa il diritto al preavviso possa divergere da quella comune degli istituti coinvolti. È questo il caso, secondo una parte della dottrina, dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro, che di per sé escluderebbe la possibilità di un preavviso (e dovrebbe quindi più propriamente affiancarsi alla giusta causa di licenziamento), mentre si ritiene normalmente che giustifichi un licenziamento con preavviso⁴.

In realtà, come si è altrove dimostrato⁵, nella maggior parte delle ipotesi nelle quali la giurisprudenza suole fare richiamo alla figura dell'impossibilità sopravvenuta ci si trova di fronte (non a ipotesi di vera e propria impossibilità sopravvenuta, bensì) a fattispecie di risoluzione del rapporto di lavoro per la sua eccessiva onerosità per l'economia datoriale. Quindi il preavviso dovuto non solo risponde alla sua funzione di tutela dell'interesse economico del lavoratore, ma si inserisce perfettamente nel quadro dell'adeguamento contrattuale che consegue alla necessità di ricondurre ad equità il rapporto (o di risolverlo perché non è più possibile ricondurlo ad equità date le condizioni organizzative del datore di lavoro).

Pur respingendo la ricostruzione in termini di eccessiva onerosità, considerata la funzione del preavviso, mai si potrebbe negare il relativo diritto facendo discendere dalla qualificazione delle fattispecie in discorso in termini di impossibilità della prestazione l'ulteriore conseguenza della loro attrazione alla giusta causa di licenziamento. Infatti, anche chi sostiene questa idea deve poi riconoscere il diritto al preavviso applicando analogicamente l'art. 2118 cod. civ., ultimo comma (che, trattando della cessazione del rapporto per morte del prestatore è indubbiamente riferito ad un caso di impossibilità totale della prestazione)⁶. E ciò perché ammette che il diritto al preavviso viene

³ Si v. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, 1962, part. p. 287 ss.; TABELLINI, *Il Recesso*, Giuffrè, 1952, p. 96 ss.; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, p. 30 ss.; DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, 1994; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, 2000, p. 78 ss.

⁴ Cfr. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1985, p. 299. *Contra* Cass. 29 luglio 2013 n. 18196.

⁵ CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ES, 2009, part. cap. II.

⁶ Cfr. infatti MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, p. 109 ss.

meno solo in presenza di un inadempimento imputabile grave, contraddicendo, peraltro, la premessa logica da cui muove, vale a dire la possibilità di accostare le fattispecie generalmente qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta non imputabile (nelle quali riconosce il preavviso applicando l'art. 2118 ultimo comma) alla giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ. (nella quale il preavviso va negato).

Se quest'ultima conclusione è esatta, se cioè il fondamento dell'esclusione (*ex art. 2119 cod. civ.*) del preavviso sta nell'imputabilità della condotta, tuttavia, assai più lineare sembra riconoscere, in primo luogo, che le fattispecie di licenziamento per ragioni concernenti la persona del lavoratore (incolpevole) non vadano qualificate in termini di impossibilità sopravvenuta e, in secondo luogo, che non è possibile assimilare quest'ultima figura e la "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto" di cui parla l'art. 2119 cod. civ.

2. *L'ambito di applicazione della regola del preavviso nel rapporto di lavoro*

Quella appena descritta è la funzione dell'istituto e dunque nessun senso avrebbe l'imposizione dell'obbligo di preavviso in caso di risoluzione del rapporto per mutuo consenso: mancando l'unilateralità della decisione, il consenso di ciascuna parte significa che essa è preparata alla cessazione del rapporto contrattuale⁷. Nella stessa logica il preavviso non spetta quando il rapporto cessi per effetto di una previsione contrattuale che ne disponga la risoluzione automatica al raggiungimento dell'età pensionabile, anche se spesso nelle motivazioni la consensualità del recesso si intreccia con l'inutilità del preavviso per un lavoratore che, fruendo di tutele previdenziali, non necessita di riadattare la propria organizzazione di vita⁸.

Il preavviso è obbligo generale a fronte di recesso unilaterale: le eccezioni sono limitate al recesso per giusta causa *ex art. 2119 cod. civ.*, al recesso durante il periodo di prova *ex art. 2096, co. 3, cod. civ.* e al recesso posto in essere al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima *ex art. 6, ultimo comma, l. 26 febbraio 1982 n. 54* (su cui cfr. *infra* quanto si dirà alla fine di questo paragrafo).

La giurisprudenza ha marcato l'accento sulla relazione tra unilaterali-

⁷ Cfr. Cass. 15 marzo 2010 n. 6268; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1148; Cass. 1 dicembre 2015 n. 24429.

⁸ Cfr. Cass. 6 febbraio 2004 n. 2318.

del recesso e diritto al preavviso al punto da escludere talora che quest'ultimo sussista in caso di estinzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta⁹. Una conclusione discutibile, come si è detto, se si tiene conto che la funzione del preavviso è proprio quella di permettere al lavoratore, che normalmente non dispone di altri mezzi di sostentamento, di cercare un'altra occupazione, beneficiando, anche eventualmente solo sul piano economico, di uno strumento "cuscinetto" che gli consente di adattare le proprie economie alla mutata situazione.

Conformemente all'idea secondo la quale la normativa sui licenziamenti collettivi non altera la natura dell'atto di recesso, che è e resta individuale¹⁰, l'art. 4, co. 9, della legge n. 223 del 23 luglio 1991 impone al datore, esaurite le procedure previste dalla legge stessa, di comunicare ai lavoratori il licenziamento "nel rispetto dei termini di preavviso"¹¹. La regola del preavviso, dunque, si applica in ogni caso di licenziamento, tanto individuale quanto collettivo, poiché non sussiste differenza sul piano ontologico tra le due fattispecie. Una parte della giurisprudenza ha tuttavia voluto costruire un più stretto nesso tra la regola del preavviso e quelle che governano la procedura di licenziamento collettivo ai sensi della citata legge del 1991, sostenendo che l'inosservanza del preavviso comporterebbe, in caso di licenziamenti collettivi, non il riconoscimento dell'indennità sostitutiva, ma l'inefficacia del recesso ai sensi del 12° comma dello stesso art. 4 l. n. 223/91¹². L'opinione non sembra condivisibile, e non solo perché l'atto di recesso non muta la sua natura per effetto delle procedure collettive di cui alla l. n. 223/91: una simile interpretazione condurrebbe a esasperare i vincoli formali previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi, già assai gravosi e forieri di contenzioso. Inoltre, i vincoli formali sono posti dalla l. n. 223/91 a tutela dell'interesse collettivo al pieno coinvolgimento del sindacato e, pertanto, le violazioni che comportano l'inefficacia del licenziamento dovrebbero essere solo quelle che riguardano la procedura collettiva. Del resto, il citato 12° comma dell'art. 4 della l. n. 223/91 stabilisce che i licenziamenti collettivi sono

⁹ Cfr. Cass. 29 marzo 2010 n. 7531.

¹⁰ Cfr., per tutti, GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, 1969; seguito poi da PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nei licenziamenti collettivi*, in *DL*, 1972, p. 73; BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, 1974, p. 243; GAROFALO, *Licenziamento per riduzione di personale e applicazione della legge 604/1966*, in *RDL*, 1971, p. 105 ss. (part. p. 111); nonché da NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1980, p. 256 ss., part. p. 260.

¹¹ Si v. Cass. 20 marzo 2000 n. 3271; Cass. 21 giugno 1997 n. 557.

¹² Cfr. Pret. Livorno 2 agosto 1993, in *RIDL*, 1994, II, p. 574. *Contra* Cass. n. 3271/00; Cass. 11 ottobre 2013 n. 23183. Per l'impostazione formalista v. già Cass. Sez. Un. 13 giugno 2000 n. 419.

inefficaci per violazione delle procedure di cui allo stesso art. 4, tra le quali all'evidenza non compare il preavviso¹³ (come noto la l. 92/2012 – cd. Fornero – ha modificato il sistema sanzionatorio, che prevede oggi solo una sanzione indennitaria per la violazione delle procedure di licenziamento collettivo; il successivo d.lgs. 23/2015 conferma questa scelta, prevedendo all'articolo 10 l'applicazione della sanzione di cui all'art. 3, comma 1, dello stesso decreto).

Infine, secondo alcuni¹⁴, l'art. 2119, ultimo comma, cod. civ., affermando che “non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda” implicherebbe necessariamente che queste fattispecie vadano ricondotte, se ne sussistono i presupposti, al giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, dunque, ad ipotesi di licenziamento con preavviso¹⁵. Logico corollario è che l'indennità di preavviso in queste ipotesi spetterebbe anche se l'attività sia materialmente improseguibile e sia dunque impossibile un preavviso lavorato¹⁶. Lo stesso vale anche in caso di cessazione totale dell'attività aziendale¹⁷.

L'indennità economica sostitutiva del preavviso spetta poi al lavoratore in una serie di ipotesi nelle quali risponde a una funzione diversa da quella vista. Così accade in caso di dimissioni del lavoratore per giusta causa (art. 2119, co. 2, cod. civ.), in caso di dimissioni della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 12, l. 30 dicembre 1971 n. 1204 e, oggi, art. 55, co. 1, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151)¹⁸ e in caso di dimissioni della lavoratrice prima illegitti-

¹³ Così SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, 2006, p. 17 ss. (part. p. 18, II periodo).

¹⁴ Cfr. ad es. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 286 ss.

¹⁵ Conclusione non scontata: v. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit., p. 240 ss.

¹⁶ Cfr. BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 216. Si cfr. anche quanto detto *supra* par. 1 circa il riconoscimento dell'indennità di mancato preavviso nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹⁷ Un caso particolare è quello della cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa con trasferimento del portafoglio e del personale ad altra impresa. Cfr. da ultimo Cass. 24 marzo 2009 n. 7046.

¹⁸ Per il carattere non assoluto della presunzione di non spontaneità delle dimissioni cfr. Cass. 19 agosto 2000 n. 10994. *Contra* Cass. 22 ottobre 1991 n. 11164. Dopo Corte cost. 24 marzo 1988 n. 332, la norma si applica anche alla lavoratrice affidataria di un minore in preadozione che si sia dimessa entro un anno dall'affidamento. In senso restrittivo cfr. Pret. Milano 27 marzo 1982, in *OGI*, 1982, p. 438.

mamente licenziata per causa di matrimonio (cfr. art. 2 l. 9 gennaio 1963 n. 7, oggi art. 35, co. 7, d. lgs. 11 aprile 2006 n. 198). In queste ipotesi l'indennità sembra avere una funzione di tipo indennitario-risarcitorio o dissuasivo.

Il preavviso sembra invece avere una finalità previdenziale in senso lato ove il rapporto si estingua per morte del prestatore: il legislatore ha stabilito il diritto degli eredi all'indennità sostitutiva del preavviso pur non essendo il mancato svolgimento del rapporto di lavoro nel periodo di preavviso dipeso dalla volontà del datore di lavoro ed essendo anzi naturalmente impossibile (art. 2118, ultimo comma, cod. civ.).

Finalità analoga il preavviso ha quando il lavoratore possa comunque fruire della tutela previdenziale e non debba dunque cercare una nuova occupazione. In questo campo la previsione dell'art. 6, ultimo comma del d.l. n. 791 del 1981 (conv. in legge n. 54 del 1982), che esonera entrambe le parti dall'obbligo di preavviso quando il lavoratore abbia raggiunto la massima anzianità contributiva, si distacca dalle altre ipotesi nelle quali al lavoratore in età pensionabile, secondo la giurisprudenza¹⁹, spetta il preavviso, pur non avendo questo la funzione di consentire la ricerca di nuova occupazione.

Infatti, quanto alla possibilità di intimare il licenziamento prima del raggiungimento dell'età pensionabile, in modo da far coincidere il termine del periodo di preavviso con il raggiungimento della stessa, si fronteggiano orientamenti diversi, che spaziano dall'affermazione della illegittimità del licenziamento, che consentirebbe al lavoratore di ottenere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso anche in difetto di tempestiva impugnazione²⁰, a quella della illegittimità del licenziamento, da far valere però entro il termine di decadenza²¹, fino a quella della validità del licenziamento, purché la tempestiva intimazione del licenziamento consenta al lavoratore di riorganizzare la propria vita in previsione della cessazione del rapporto²². Mai, quindi, è messa apertamente in discussione l'esigenza che la cessazione del rapporto sia resa nota con anticipo al lavoratore.

In realtà la soluzione adottata dipende, più che da considerazioni sulla funzione e sull'ambito di applicazione dell'istituto del preavviso, dalla individuazione del momento in cui devono sussistere le condizioni sufficienti a giustificare il recesso datoriale: prima del raggiungimento dell'età pensiona-

¹⁹ *Contra* Cass. 9 gennaio 1998 n. 112.

²⁰ Cfr. Cass. 1 febbraio 1993 n. 1186 e Cass. n. 2318/04.

²¹ Cfr. Cass. 30 luglio 1991 n. 8448.

²² In questi termini, cfr. Cass. 16 maggio 1995 n. 5356.

bile, infatti, il recesso non è libero e, dunque, dovrebbe essere ritenuto ingiustificato se manchino altre ragioni, salvo che non si accolga l'idea per cui la giustificatezza del licenziamento va valutata in base alle condizioni sussistenti al momento in cui esso è destinato a produrre effetti, anziché al momento in cui viene intimato.

3. *La natura giuridica della regola del preavviso*

Problema interpretativo cardine della disciplina è la natura attribuita alla regola del preavviso: dalla soluzione che si accoglie dipende infatti quella di gran parte delle questioni che si sono poste nell'applicazione della regola²³.

Risolta la questione della configurazione giuridica del preavviso come termine di efficacia del recesso²⁴, anziché come atto capace di “convertire” il rapporto a tempo indeterminato in rapporto a tempo determinato o di aggiungere al primo un periodo “appendice” a tempo determinato²⁵, due impostazioni si contendono il campo, quella che attribuisce alla regola valore obbligatorio e quella che invece le riconosce efficacia reale²⁶. Secondo la prima il godimento del preavviso non condizionerebbe l'efficacia estintiva dell'atto di recesso: in quest'ottica, quando il licenziamento è irrogato senza la concessione del termine di preavviso, esso produce regolarmente i propri effetti e l'unica conseguenza per l'omessa osservanza della regola consiste nell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere l'indennità sostitutiva, secondo quanto dispone testualmente l'art. 2118, co. 2, cod. civ. (ha cioè un'obbligazione alternativa).

Secondo la tesi dell'efficacia reale, al contrario, durante il periodo di preavviso l'efficacia del recesso è sospesa: il preavviso funziona quale clausola sospensiva dell'efficacia del recesso (o, il che è in pratica non dissimile, quale termine che indica il tempo di produzione della medesima efficacia)²⁷, che

²³ Cfr. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, p. 429 ss. (sul punto p. 439 ss. e part. pp. 442-443).

²⁴ Cfr. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, 1901, p. 885 (rist. cur. da NAPOLI, Vita e Pensiero, 2003) e MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305).

²⁵ Cfr. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *RDCom*, 1951, p. 377 ss.

²⁶ Per tutti v. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

²⁷ Così NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 101, nota 93.

spiega effetti solo decorso il relativo termine, sia questo lavorato o meno. L'eventuale omissione della comunicazione anticipata del recesso alla controparte fa sì sorgere l'obbligo di pagare l'indennità sostitutiva, ma lascia anche il rapporto di lavoro in vita fino al decorso del termine di preavviso (non lavorato in questo caso)²⁸. Questa tesi è maggioritaria in dottrina²⁹ e, fino a qualche anno fa, era piuttosto diffusa anche in giurisprudenza³⁰, dove talora è ancora rinvenibile specie in sentenze di merito³¹.

Nella giurisprudenza degli ultimi anni si è consolidato l'orientamento che afferma l'efficacia meramente obbligatoria della regola del preavviso³². Alcuni argomenti militano indubbiamente a favore di questa tesi, che vede scaturire dalla regola del preavviso un'obbligazione alternativa a carico della parte recedente, libera di scegliere tra la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso e il pagamento dell'indennità sostitutiva prevista dall'art. 2118, co. 2, cod. civ.³³, che consentirebbe l'immediato dispiegarsi dell'effetto risolutivo del recesso³⁴. In primo luogo, l'art. 2118 cod. civ. prevede espressamente il pagamento dell'indennità sostitutiva come conseguenza del mancato preavviso, mentre la maggior parte delle altre norme del codice civile che disciplinano il recesso unilaterale da contratti a tempo indeterminato

²⁸ L'accoglimento della tesi non preclude l'estinzione del rapporto al pagamento dell'indennità sostitutiva quando vi sia il consenso dell'altro contraente: alcune decisioni affermano che anche la sua accettazione senza riserve integri il consenso alla risoluzione immediata (cfr. Cass. 13 dicembre 1988 n. 6798, in *GI*, 1989, I, 1, c. 1890; Cass. 31 gennaio 2011 n. 2141; Cass. 25 gennaio 2005 n. 1373); *contra* Cass. 13 agosto 1991 n. 8813.

²⁹ Per tutti v. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 311 ss.; NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., p. 100 ss.; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, p. 50 ss. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 332, è invece per l'efficacia obbligatoria della regola. Di recente cfr. BALLESTRERO, *L'estinzione del rapporto*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 2009, p. 1870 ss.

³⁰ Cfr. Cass. 30 agosto 2004 n. 17334; Cass. n. 2318/04.

³¹ Cfr. ad es. Trib. Brindisi, sez. I, 3 aprile 2009.

³² La giurisprudenza, in passato per l'efficacia reale della regola (cfr. Cass. 5 marzo 2013 n. 5405; 18 giugno 2012 n. 9959), sostiene ora in maggioranza l'efficacia obbligatoria: cfr. Cass. 14 giugno 2016 n. 12204; Cass. 27 agosto 2015 n. 17248; Cass. 10 ottobre 2013 n. 23063.

³³ Limpido BARASSI, *Il contratto*, cit., p. 887: "il preavviso è dunque una facoltà alternativa".

³⁴ Cfr., tra la dottrina più risalente per l'efficacia obbligatoria, ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Giuffrè, 1954, p. 158 (conf. ID., *Manuale di Diritto del lavoro*, Giuffrè, 1972, II, p. 1219 ss.); SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1951, p. 214 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, 1960, p. 555 ss. Ulteriori riferimenti in MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 319, nota 247, al quale si rinvia (v. anche p. 287 ss.).

(come ad es. l'art. 1569 cod. civ. in tema di somministrazione e l'art. 2285, co. 3, cod. civ., in tema di società semplice) non prevede alternativa al preavviso³⁵. In secondo luogo, con l'efficacia reale del preavviso non collima perfettamente la definizione di cui all'art. 2118, co. 2, cod. civ. ("indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso"), in cui il condizionale "sarebbe" sembra sottintendere "se fosse proseguito il rapporto durante il periodo medesimo", in contrasto con la possibilità di intendere il rapporto come proseguito sino al termine del preavviso³⁶.

Sebbene ciò sia probabilmente indice del fatto che l'orientamento è ormai considerato consolidato, va rilevato che molte delle sentenze di legittimità favorevoli all'efficacia obbligatoria si limitano, in motivazione, a richiamare i precedenti in questo senso della stessa Suprema Corte, senza approfondire gli argomenti a sostegno della tesi³⁷.

3.1. Segue: *Le conseguenze dell'inosservanza della regola: invalidità del recesso, indennità sostitutiva e risarcimento dei danni ulteriori*

In realtà, come già segnalava Mancini, la tesi dell'efficacia reale trova l'ostacolo maggiore nel fatto che le conseguenze del mancato preavviso sono limitate dalla legge al pagamento dell'indennità determinata ai sensi dell'art. 2118 cod. civ., vale a dire della retribuzione dovuta per il periodo di preavviso. Seguendo quella tesi dovrebbe infatti giungersi alla conclusione che, essendo il preavviso elemento costitutivo della validità del recesso, il recesso intimato senza preavviso sia invalido³⁸: conclusione, questa, comunemente negata³⁹. Inoltre, dall'efficacia reale dell'obbligo dovrebbe discendere che in mancanza sia dovuto il risarcimento del danno secondo le regole generali⁴⁰. Ma anche questa seconda conclusione è comunemente negata⁴¹ e, dunque, si deve ri-

³⁵ Cfr. Trib. Napoli 26 luglio 1997, cit.

³⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

³⁷ Emblematica Cass. 4 novembre 2010 n. 22443.

³⁸ Cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 312, che richiama MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1958, p. 232 ss.

³⁹ Cfr. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2003, III, p. 426; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 1998, III, p. 705, nota 36.V. anche Cass. 20 marzo 2000 n. 3271.

⁴⁰ Cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 ss.

⁴¹ Già GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 34 ss.; cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

conoscere che l'orientamento sull'efficacia obbligatoria del preavviso supera alcune incongruenze logiche.

Una parte della dottrina aveva ritenuto superabili le obiezioni appena citate, ricostruendo l'art. 2118, co. 2, cod. civ. come un adattamento in senso più favorevole al prestatore di lavoro dei principi in materia di *mora accipiendi*⁴². Adattamento più favorevole perché identifica il diritto del lavoratore con le retribuzioni perse per mancato svolgimento dell'attività lavorativa durante il preavviso, senza tener conto delle eventuali entrate derivanti dalla diversa attività che questi abbia potuto svolgere proprio perché "esonero", cioè libero dalla precedente occupazione. A questa ricostruzione è stato peraltro correttamente obiettato che esistono fattispecie nelle quali la limitazione dell'indennità sostitutiva alla retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore per il periodo di preavviso è tutt'altro che favorevole a quest'ultimo⁴³. È ipotizzabile, cioè, che, a causa del rifiuto della sua prestazione durante il periodo di preavviso, il lavoratore subisca un danno superiore all'importo delle retribuzioni: si pensi alle fattispecie (tipiche quelle dei lavoratori dello spettacolo) in cui il lavoratore trae dall'esecuzione della prestazione benefici ulteriori rispetto alla retribuzione (ad es. in termini di notorietà). Tuttavia, ad opinione di chi scrive, le fattispecie da ultimo ricordate sono residuali ed è plausibile che esse abbiano una disciplina diversa da quella concernente la generalità dei rapporti. Negli altri casi la fruizione di un'indennità pari alle retribuzioni offre al lavoratore un considerevole beneficio, sia perché gli consente di avere tempo libero da dedicare alla ricerca di una nuova occupazione, sia perché, nel caso l'abbia già trovata, gli consente di fruire di una somma facilmente quantificabile senza controvertere sull'ipotetico *aliunde perceptum*, che nella specie è irrilevante per legge⁴⁴.

In verità non sembra possa essere questo il terreno per la definitiva verifica della correttezza dell'una o dell'altra impostazione. Le resistenze della dottrina ad ammettere l'applicazione a favore del prestatore dei principi generali in materia di risarcimento del danno sono forse dovute al timore che una simile apertura possa "travolgere" la norma dell'art. 2118, co. 2, cod. civ., consentendo l'applicazione di quei principi anche in senso limitativo della responsabilità del datore che ometta il preavviso. Pericolo, questo, che po-

⁴² Conf. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 317 ss.

⁴³ Così GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35, nota 56.

⁴⁴ Cfr. Cass. 14 novembre 2013 n. 22322; Cass. 8 ottobre 2012 n. 17086.

trebbe essere scongiurato leggendo l'indennità sostitutiva del preavviso come quantificazione minima della somma da corrispondere al lavoratore licenziato senza il preavviso spettantegli⁴⁵, impedendo che il *quantum* dovuto sia rimesso in discussione anche a svantaggio del prestatore⁴⁶.

L'accoglimento in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria supera solo in parte il problema. Se, infatti, la coerenza con una ricostruzione in termini di efficacia reale avrebbe voluto l'applicazione delle regole generali in tema di risarcimento del danno da *mora accipiendi*, non sembra possa ragionarsi in termini analoghi per il rapporto tra efficacia obbligatoria e carattere "esaustivo" dell'indennità sostitutiva quanto alle pretese del lavoratore cui non sia stato consentito di svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso. Resta cioè aperta la questione della risarcibilità dei danni ulteriori: nelle rare ipotesi nelle quali si è occupata della questione la giurisprudenza l'ha negata⁴⁷. Le poche sentenze che sembrano essersi pronunciate in senso contrario, riconoscendo cioè un diritto ulteriore al risarcimento, concernono infatti danni derivanti da fattori diversi, non dalla mancata possibilità di lavorare durante il periodo di preavviso in sé considerata⁴⁸. Deve quindi concludersi nel senso che l'indennità sostitutiva del preavviso vada considerata esaustiva di ogni diritto del lavoratore per danni derivati dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro durante il periodo di preavviso; anche se, come si diceva, sul piano logico-giuridico nulla impedirebbe una diversa conclusione⁴⁹.

Nella prospettiva opposta si era discusso se, in caso di licenziamento illegittimo, alle sanzioni riconosciute a norma della l. n. 604/66 o dell'art. 18 St. lav. potesse aggiungersi l'indennità di mancato preavviso. Qui argomento consolidato era quello logicamente connesso alla forma di tutela fruita contro il licenziamento: il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso veniva generalmente disconosciuto in caso di applicazione della tutela reale, poiché il licenziamento era da considerarsi *tamquam non esset* e dunque il rapporto di lavoro non si era mai risolto⁵⁰, mentre lo stesso diritto veniva invece riconosciuto nell'ambito di

⁴⁵ Così GABRIELLI, *Vincolo contrattuale*, cit., p. 35 ss.

⁴⁶ Si v. Cass. 12 agosto 1994 n. 7417.

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

⁴⁸ Così Cass. 2 febbraio 1998 n. 1021, in *RCDL*, 1998, p. 1052.

⁴⁹ V. Cass. 3 giugno 1995 n. 6265, in *RIDL*, 1996, II, p. 363.

⁵⁰ Cfr. ad es. Trib. Milano 30 marzo 2010, in *RCDL*, 2010, p. 592; Trib. Firenze 11 giugno 1997, in *RIDL*, 1998, II, p. 142. Conf. Cass. 5 dicembre 1997 n. 12366.

applicazione della tutela obbligatoria⁵¹, ove il licenziamento illegittimo restava efficace e dunque idoneo a produrre la risoluzione del rapporto. Lo stesso ragionamento potrebbe ripetersi oggi alla luce del nuovo sistema sanzionatorio, in tutti i casi in cui non è prevista la reintegra nel posto di lavoro.

3.2. Segue: *L'efficacia della regola: la derogabilità della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva*

Circa la derogabilità della regola del preavviso, è necessario distinguere tra due questioni. La prima concerne la possibilità di derogare all'efficacia reale, prevedendo l'immediata cessazione del rapporto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva. La seconda riguarda la possibilità di prevedere in via generale e astratta che in alcune ipotesi sia escluso il preavviso evitando anche la corresponsione dell'indennità sostitutiva.

Quanto alla prima, salvo qualche isolata opinione dissenziente⁵², dottrina e giurisprudenza sono concordi nel considerare derogabile la regola della prosecuzione del rapporto fino al termine del preavviso quando sia corrisposta la relativa indennità, e anzi una cospicua giurisprudenza tende a riconoscere implicitamente sussistente l'accordo derogatorio nell'accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva da parte del lavoratore⁵³. Va sottolineato che l'opinione in parola non sostiene la completa derogabilità dell'art. 2118 cod. civ.⁵⁴, ma si limita ad affermare la facoltà delle parti di regolare preventivamente come alternativa l'obbligazione nascente dall'art. 2118 cod. civ.: i giudici ritengono ammissibile la scelta preventiva o di fatto realizzatasi tra le due alternative, con ciò sostanzialmente aderendo alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e confermando gli argomenti a sostegno di questa tesi (cfr. *retro* par. 3).

La liceità degli accordi derogatori costituisce terreno di verifica della capacità dell'opzione per l'efficacia obbligatoria della regola di sanare le incongruenze presenti nell'assetto interpretativo stratificatosi. Dalla natura reale del preavviso dovrebbe infatti discendere anche la sua irrinunciabilità, in

⁵¹ Cass. 8 giugno 2006 n. 13380 supera il contrario orientamento, invero non condivisibile, espresso da Cass. 8 febbraio 2000 n. 1404.

⁵² Cfr. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990 n. 108*, Utet, 1991, p. 70.

⁵³ Cfr. Cass. 31 gennaio 2011 n. 2141; Trib. Milano 18 agosto 2006, in *OGI*, 2006, p. 783; Cass. 23 luglio 2004 n. 13883; Cass. 8 maggio 2004 n. 8797.

⁵⁴ Cosa, anzi, esplicitamente esclusa dalla giurisprudenza: cfr. Cass. 9 giugno 1981 n. 3741, in *MGL*, 1982, p. 214.

quanto nella costruzione del preavviso come regola avente efficacia reale non vi è distinzione tra recesso e preavviso, che formano un'unità funzionale. Più che una rinuncia al preavviso potrebbe aversi un vero e proprio (contro)recesso della parte destinataria del primo recesso⁵⁵, poiché se il preavviso ha efficacia reale esso è parte del recesso e non esiste la possibilità per la controparte di incidervi, ma solo quella di recedere a propria volta dal rapporto. Chi, dunque, propende a ritenere che la regola del preavviso abbia efficacia reale dovrebbe anche, al contrario di quanto accade⁵⁶, affermare che non è possibile per la controparte rinunciare al preavviso medesimo.

La rinuncia al preavviso è invece ben concepibile se si aderisce alla tesi dell'efficacia obbligatoria della regola, poiché in questa lettura il preavviso è obbligo accessorio gravante sulla parte che recede⁵⁷. Da questo punto di vista, dunque, il consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria della regola costituisce un indubbio passo in avanti nella ricostruzione di un insieme di regole coerenti sul preavviso⁵⁸.

Per quanto concerne la seconda questione, la giurisprudenza ha in passato discusso la legittimità delle clausole di contratto collettivo che prevedano la possibilità, per la parte che riceve la comunicazione del recesso con preavviso, di rinunciare alla prosecuzione del rapporto per il periodo di preavviso, perdendo così anche il diritto all'indennità sostitutiva⁵⁹. L'opinione negativa, riscontrabile in qualche sentenza di merito, era essenzialmente legata all'intento di salvaguardare il diritto del lavoratore dimessosi a continuare a svolgere la propria prestazione per tutta la durata del periodo di preavviso (in questo caso concesso al datore di lavoro), potendo egli aver fatto affidamento sulla continuazione dell'attività e, dunque, della percezione della retribuzione per il periodo del preavviso, ad esempio avendo contrattato l'inizio dell'attività presso un nuovo datore di lavoro solo al termine del preavviso⁶⁰. La persistenza nei contratti collettivi di clausole che riconoscono la

⁵⁵ Cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 314 (p. 297 ss. per la possibilità di deroga).

⁵⁶ *Contra* MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, cit., p. 69 ss.

⁵⁷ Favorevole alla possibilità di rinunciare al preavviso per la parte a favore della quale esso deve operare è D'AVANZO, voce *Recesso. Diritto civile*, in *Nov. dig. it.*, 1957, p. 1027 ss. (part. p. 1036, ma non specificamente riferito al rapporto di lavoro).

⁵⁸ Specie considerando che la giurisprudenza ammette la rinuncia al preavviso: cfr. Cass. 11 novembre 2013 n. 25312.

⁵⁹ In senso negativo, cfr. Pret. Milano 8 maggio 1984, in *OGL*, 1984, p. 1154; *contra* Cass. 19 dicembre 1981 n. 6733 e Cass. 21 gennaio 1982 n. 403, in *RIDL*, 1982, II, p. 751 ss.

⁶⁰ Così sembra argomentare Pret. Milano 8 maggio 1984, cit. in nota 59.

facoltà per la parte non recedente di dispensare *ex post* il recedente dagli obblighi a lui derivanti dal preavviso⁶¹, in assenza di giurisprudenza successiva che si sia occupata della questione, induce a ritenere che si sia stabilizzato l'orientamento della Cassazione favorevole alla legittimità di previsioni siffatte⁶².

4. *Il rapporto di lavoro durante il preavviso*

Ai fini della disciplina del rapporto di lavoro durante il preavviso, in generale, e delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro intervenute nello stesso periodo, in particolare, ha avuto notevole importanza il superamento della concezione del recesso con preavviso come implicante una “conversione” a tempo determinato del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (o anche come costitutivo di una sorta di appendice a tempo determinato di un rapporto prima a tempo indeterminato)⁶³. È infatti chiaro che, ove il rapporto di lavoro dovesse essere considerato “convertitosi” in rapporto a termine per effetto del recesso con preavviso, ben più difficile sarebbe giustificare la medesima disciplina del rapporto prima e dopo la comunicazione del licenziamento e, ancor più, un’incidenza delle vicende sospensive comportante un prolungamento del termine⁶⁴.

Superato questo primo ostacolo teorico, le conclusioni raggiunte quanto alle singole fattispecie dipendono in larga misura dalla ricostruzione della regola del preavviso in termini di efficacia reale o di efficacia obbligatoria. Il prevalere nella giurisprudenza di legittimità della tesi che sostiene l’efficacia obbligatoria della regola ha dunque un rilievo notevole, sebbene una valu-

⁶¹ Cfr., ad es., l’art. 72 del CCNL 14 luglio 2003 industria alimentare.

⁶² Cfr. Cass. 19 dicembre 1981 n. 6733 e 21 gennaio 1982 n. 403.

⁶³ Cfr. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d’opere*, cit., p. 377 ss. *Contra* cfr. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 289 ss. (part. p. 301 e p. 305).

⁶⁴ Cfr. ANDREOLI, *In tema di malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1940, p. 32; PERETTI GRIVA, *Sulla malattia sopraggiunta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1953, p. 71; SIMI, *Sull’efficacia sospensiva della malattia insorta in periodo di preavviso*, in *DL*, 1956, II, p. 344; NAVARRA, *In tema di malattia in corso di preavviso*, in *MGL*, 1957, p. 129; SERMONTI, *Ancora in tema di malattia intervenuta in periodo di preavviso*, in *MGL*, 1958, p. 235. Chiaro CORRADO, in COMBA, CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico. Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 1956, p. 266, secondo il quale la protrazione del termine in caso di malattia presupporrebbe una revoca del licenziamento della quale non vi è traccia nella legge.

tazione compiuta del suo impatto sulla disciplina complessiva del rapporto di lavoro potrà discendere solo dall'analisi delle pronunce dei prossimi anni e dal rigore con il quale queste ne trarranno le dovute conseguenze⁶⁵.

Si è già detto che, anche quando prevaleva la tesi dell'efficacia reale della regola, la posizione maggioritaria escludeva che alla mancata osservanza del preavviso conseguisse l'invalidità del recesso⁶⁶. Il licenziamento, pienamente valido, avrebbe però avuto efficacia differita alla scadenza del termine di preavviso secondo il meccanismo della sostituzione automatica delle clausole nulle (art. 1339 e art. 1419, co. 2, cod. civ.)⁶⁷. La conclusione era ferma anche in caso di preavviso non lavorato, sicché il pagamento dell'indennità sostitutiva non avrebbe escluso la permanenza in capo alle parti degli obblighi discendenti dal contratto di lavoro (in particolare di quelli discendenti per il lavoratore dagli artt. 2104-2105-2106 cod. civ.)⁶⁸, in essere a tutti gli effetti fino alla scadenza del termine di preavviso. Permanenza degli obblighi discendenti dal contratto significa, ovviamente, permanenza dell'obbligo retributivo⁶⁹ e, secondo un orientamento, impossibilità per il datore di variare la posizione del lavoratore nella propria organizzazione durante il preavviso⁷⁰. Il fatto che il rapporto di lavoro resti in vita significa però pure che in esso rilevano le sopravvenienze⁷¹, eventualmente tali da costituire autonome ragioni di recesso, anche per giusta causa⁷².

A soluzioni non univoche era giunta invece la giurisprudenza per quanto concerne la rilevanza dello *jus superveniens*⁷³. A opinione di chi scrive non si tratta di reale contrasto di orientamenti: la soluzione deve essere diversa a seconda che si tratti di norme che fissano requisiti ulteriori dell'atto

⁶⁵ L'orientamento nel senso dell'efficacia obbligatoria del preavviso sembra maggioritario: cfr. Cass. n. 12204/16; Cass. n. 17248/15; Cass. n. 23063/13. *Contra* cfr. Cass. n. 5405/13 e Cass. n. 9959/12.

⁶⁶ Cfr. *supra* par. 3.1.

⁶⁷ Così, ad es., BELLINA, *Il preavviso*, cit., p. 221.

⁶⁸ Cfr., tra le tante, Cass. n. 5596/94.

⁶⁹ Si v. circ. INPS n. 110/1992 per gli assegni familiari nel periodo di preavviso.

⁷⁰ Così espressamente Cass. 10 febbraio 1988 n. 1430: affermazione da temperare alla luce dell'art. 2103 cod. civ.

⁷¹ Per un'ipotesi, cfr. Pret. Torino 15 febbraio 1983.

⁷² Cfr. ancora, in questo senso, Cass. n. 1430 del 1988, cit. e, per le dimissioni del lavoratore, Cass. 11 gennaio 1990 n. 38.

⁷³ Per l'applicazione delle norme sopravvenute, cfr. Cass. 6 agosto 1987 n. 6769, in *RIDL*, 1988, II, p. 276; Trib. Roma 4 dicembre 1999, in *RGL*, 2001, II, p. 77. *Contra* Cass. 2 febbraio 1999 n. 874 e Cass. 12 febbraio 1994 n. 1400.

di licenziamento o, invece, di norme relative al rapporto di lavoro in quanto tale. Nel primo caso si tratta di requisiti di validità dell'atto di licenziamento, che dunque dovevano sussistere prima dell'intimazione dello stesso e la cui richiesta a opera di leggi successive non può invalidare un licenziamento legittimamente adottato in precedenza in base al principio *tempus regit actum*⁷⁴. Nel secondo caso è invece logico che fino a quando il rapporto sia in vita esso debba essere disciplinato sulla base delle norme sopravvenute, sia che si tratti di norme legali, sia che si tratti di disposizioni contrattuali⁷⁵.

Fermo il principio *tempus regit actum* per quanto concerne i requisiti di validità del licenziamento, con l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso le conclusioni ricordate dovranno valere solo per il caso in cui il datore consenta al lavoratore di continuare a svolgere la propria attività durante il periodo di preavviso (c.d. preavviso lavorato). Ove invece il datore opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva, esonerando così il lavoratore dalla prestazione del lavoro, il licenziamento avrà efficacia risolutiva immediata o, meglio, condizionata alla percezione da parte del lavoratore dell'indennità⁷⁶ e nessuna rilevanza potranno avere eventuali sopravvenienze⁷⁷.

Lo stesso criterio logico dovrà essere seguito per la disciplina delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro. Queste potranno avere rilevanza solo quando non si opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva e, dunque, il rapporto prosegua fino al termine del preavviso.

La sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia va dunque esclusa in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva: con esso, infatti, si avrà estinzione immediata del rapporto di lavoro e, quindi, impossibilità per la norma dell'art. 2110 cod. civ. di operare. Diversamente, quando il preavviso sia lavorato, la malattia comporta la sospensione del rapporto (e con essa degli effetti del recesso datoriale)⁷⁸.

Per quanto concerne la cassa integrazione guadagni (nella specie, quella

⁷⁴ Così, espressamente, Cass. n. 874/99.

⁷⁵ Esplicita Cass. n. 6769/87.

⁷⁶ Cfr. già Cass. 1 giugno 1991 n. 6178.

⁷⁷ Negano esplicitamente la rilevanza delle sopravvenienze Cass. n. 22443/10 e Cass. 21 maggio 2007 n. 11740.

⁷⁸ Cfr. Cass. 11 aprile 2005 n. 7369; Cass. n. 17334/04. In senso contrario alla rilevanza della malattia intervenuta quando sia raggiunta l'età pensionabile e questa sia prevista come causa di estinzione automatica del rapporto da apposita clausola collettiva cfr. Cass. 22 luglio 1992 n. 8823 e Cass. 19 maggio 1984 n. 3090. La conclusione sembra invero poco rigorosa: l'attività durante il preavviso significa che il rapporto di lavoro è in vita.

straordinaria), la Cassazione ha stabilito che il termine di preavviso decorra anche durante il periodo di sospensione dovuto al collocamento in CIGS, sembrando irrazionale la pretesa di consentire al lavoratore (che spesso transita senza soluzione di continuità dalla cassa integrazione alla mobilità) di riprendere l'attività lavorativa al solo fine di godere del periodo di preavviso⁷⁹. Sarebbe del resto irragionevole ipotizzare la corresponsione dell'indennità di mancato preavviso quando il lavoratore percepisce un trattamento sostitutivo della retribuzione⁸⁰. Nessun riflesso dovrebbe avere su questo orientamento l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso: la messa in cassa integrazione non avrà alcun rilievo nel caso del pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, poiché in quel caso il rapporto si estingue e nessuna rilevanza avrà la medesima neanche in caso di preavviso lavorato, almeno se, come pare dovuto, la giurisprudenza terrà fermo l'orientamento descritto, che nega la sospensione del decorso del termine di preavviso per il lavoratore cassintegrato.

In tema di ferie, nel riconoscere l'efficacia reale della regola del preavviso, da un lato, si era confermato che lo spostamento del termine di preavviso per consentire al lavoratore di godere delle ferie avviene *ope legis* (come del resto espressamente stabilisce il 4° comma dell'art. 2109 cod. civ., secondo il quale “non può essere computato nelle ferie il periodo di preavviso indicato nell'art. 2118”) e, dall'altro, si era stabilito che il periodo di preavviso lavorato consente al lavoratore di maturare il diritto ad un ulteriore periodo di ferie⁸¹. È da ritenersi che entrambe le conclusioni debbano rimanere ferme anche accogliendo l'idea dell'efficacia obbligatoria del preavviso: il lavoratore ha diritto al godimento delle ferie e il licenziamento avrà effetto al loro termine, in caso di pagamento dell'indennità sostitutiva, o al termine del periodo di ferie computato dopo quello di preavviso lavorato (poiché quest'ultimo consente la maturazione di ulteriore diritto alle ferie). Salvo che, naturalmente, le parti non si accordino per l'indennità sostitutiva delle ferie, opzione consentita per il periodo minimo di quattro settimane annuali solo in caso di risoluzione del rapporto (cfr. art. 10, co. 2, d. lgs. 8 aprile 2003 n. 66)⁸² e, dunque, sempre

⁷⁹ Cfr. Cass. 20 novembre 1997 n. 11569 e Cass. 23 dicembre 1997 n. 12989.

⁸⁰ Cfr., oltre le sentenze citate nella nota precedente, Cass. 14 febbraio 1997 n. 1354 e Trib. Latina 21 settembre 2010.

⁸¹ Così Cass. 21 novembre 2001 n. 14646.

⁸² Secondo la circ. 08/2005 del Ministero del Lavoro perché ciò sia possibile il rapporto di lavoro deve cessare “nel corso dell'anno” di riferimento delle ferie non godute (cfr. p. 20).

possibile per le ferie stabilite in misura superiore dalla contrattazione collettiva o individuale⁸³.

Resta infine l'opzione per la prosecuzione del rapporto fino al compimento dell'età massima prevista, intervenuta in costanza del periodo di preavviso che il lavoratore stia godendo in conseguenza di un precedente recesso dovuto al raggiungimento dell'età pensionabile. La Cassazione conferma che l'esercizio dell'opzione per la prosecuzione del rapporto non è preclusa durante il periodo di preavviso (sempre che, come detto, il licenziamento fosse dovuto unicamente al raggiungimento dell'età pensionabile), poiché in questo caso gli effetti del licenziamento sono differiti al suo termine e, pertanto, il rapporto di lavoro continua inalterato⁸⁴. Anche qui è chiaro che la conclusione andrà tenuta ferma quando il preavviso sia lavorato, mentre ove sia corrisposta l'indennità sostitutiva l'efficacia obbligatoria della regola implica l'estinzione immediata del rapporto, con conseguente impossibilità di esercitare successivamente l'opzione per la prosecuzione del rapporto.

5. *L'indennità sostitutiva del preavviso. Natura e criteri di calcolo*

L'art. 2121 cod. civ. fissa i criteri per quantificare l'indennità sostitutiva del preavviso, stabilendo che essa deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, nonché l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro, con esclusione dei soli rimborsi spese⁸⁵. Ove il prestatore di lavoro sia retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, il 2° comma dell'articolo stabilisce che l'indennità è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato.

La giurisprudenza è costante nell'affermare che il concetto di retribuzione recepito dall'art. 2118 cod. civ., comma 2, ai fini del calcolo dell'indennità di preavviso in caso di licenziamento è "ispirato al criterio dell'onnicomprendività"⁸⁶.

⁸³ Cfr. circ. 08/2005 Min. lav. (p. 21).

⁸⁴ Cfr. Cass. 14 agosto 2008 n. 21702; Cass. 5 aprile 2000 n. 4221.

⁸⁵ Per l'esclusione dei rimborsi spese cfr. App. Trieste 18 marzo 2013 n. 79.

⁸⁶ Così Cass. 1 ottobre 2012 n. 16636; Cass. 22 giugno 2000 n. 8496.

Il recente prevalere della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola del preavviso non influenza in alcun modo i criteri di calcolo dell'indennità, ma determina l'irrelevanza dell'indennità medesima nel calcolo di altre spettanze: la tesi implica infatti l'immediata efficacia estintiva del recesso con il solo obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso; ciò significa che l'indennità, non riferendosi ad un periodo lavorato, non verrà computata nella base di calcolo, ad esempio, delle ferie o del trattamento di fine rapporto⁸⁷.

Quanto al calcolo dell'indennità, il criterio onnicomprensivo stabilito dall'art. 2121 cod. civ. si è sempre ritenuto non derogabile *in pejus* né dal contratto individuale né dal contratto collettivo⁸⁸, ma dopo l'entrata in vigore dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148 le cose potrebbero ritenersi mutate. La giurisprudenza ha affermato che nel computo vanno inclusi, se corrisposti con continuità, elementi quali l'indennità di trasferta⁸⁹ l'indennità di reperibilità⁹⁰, i ratei delle mensilità aggiuntive⁹¹, nonché i compensi per lavoro supplementare⁹² e straordinario⁹³ che abbiano carattere continuativo⁹⁴.

La dottrina non ha mancato di sottolineare, in chiave critica, come lo straordinario per definizione non potrebbe essere considerato costante e che se ciò avviene è sostanzialmente dovuto al malcostume di utilizzarlo come strumento ordinario di flessibilità gestionale della forza lavoro⁹⁵. Certo è però che, così stando le cose, una soluzione che escluda il lavoro supplementare e lo straordinario in senso proprio dalla base di calcolo dell'indennità sostitutiva del preavviso penalizzerebbe il lavoratore e nulla risolverebbe quanto all'uso distorto degli istituti relativi all'orario di lavoro; per cui l'orientamento giurisprudenziale sopra citato sembra apprezzabile.

Quanto alla natura dell'indennità sostitutiva la giurisprudenza è divisa: alcune sentenze tendono a riconoscerle carattere risarcitorio, altre carattere

⁸⁷ Così Cass. n. 22443/10 e Cass. 5 ottobre 2009 n. 21216.

⁸⁸ Cfr. Cass. 28 ottobre 1999 n. 12126.

⁸⁹ Così App. Trieste 18 marzo 2013, in *Leggi d'Italia*.

⁹⁰ Cfr. Pret. Mortara 1 marzo 1982, in *OGL*, 1982, p. 1247.

⁹¹ Cfr. Trib. Milano 15 novembre 2001, in *RCDL*, 2002, p. 417.

⁹² Cfr. Cass. n. 12126/99.

⁹³ Cfr. Cass. 13 gennaio 1989 n. 128; Cass. 15 maggio 1987 n. 4508.

⁹⁴ Cfr. Cass. 6 giugno 1998 n. 5592.

⁹⁵ Cfr. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, 2000, p. 489.

indennitario o retributivo. Ad avviso di chi scrive, la soluzione dovrebbe sul piano teorico essere collegata alla qualificazione della regola del preavviso come a efficacia reale o a efficacia obbligatoria. Infatti, l'efficacia reale della regola significa che l'obbligo principale del recedente consiste nel consentire alla controparte di svolgere l'attività durante il periodo di preavviso: non avendo il recedente facoltà di scelta tra le due ipotesi, il pagamento dell'indennità sostitutiva rappresenta il risarcimento del danno patito dalla controparte per non aver potuto svolgere l'attività lavorativa durante il preavviso⁹⁶. Al contrario, il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della regola equivale a configurare a carico del recedente un'obbligazione alternativa di consentire la prosecuzione dell'attività durante il preavviso o di pagare l'indennità sostitutiva, cui più facilmente potrebbe essere attribuito carattere indennitario o retributivo⁹⁷. E, almeno da questo punto di vista, l'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola comporta una serie di effetti benefici per il lavoratore: la natura retributiva dell'indennità implica, ad esempio, la sua frazionabilità, che consente a chi stia lavorando durante il preavviso di dimettersi senza perdere l'equivalente della parte residua⁹⁸, e la collocazione della somma relativa nel passivo fallimentare in via privilegiata, in caso di fallimento del datore di lavoro⁹⁹.

La giurisprudenza non esplicita però questa correlazione e molte delle sentenze che riconoscono all'indennità sostitutiva natura risarcitoria¹⁰⁰ tendono a corroborare questa conclusione (non troppo ben argomentata) con considerazioni che riguardano invece la questione del cumulo con altre provvidenze, come quella secondo la quale l'incompatibilità della funzione socioeconomica dell'indennità sostitutiva con quella della cassa integrazione guadagni non sarebbe sufficiente a escludere il cumulo in assenza di un espresso intervento del legislatore¹⁰¹. Una volta ammesso il cumulo partendo da presupposti diversi non si può poi riconoscere la natura retributiva dell'indennità, poiché altrimenti si ammetterebbe che per lo stesso periodo il lavoratore beneficia di due somme (quella dell'indennità sostitutiva del pre-

⁹⁶ Punto critico della ricostruzione: cfr. *retro* par. 3.1.

⁹⁷ Cfr. Cass. 17 maggio 2013 n. 12095; Cass. n. 4192/13.

⁹⁸ Cfr. ancora Cass. 11 giugno 2004 n. 11137.

⁹⁹ Cfr. Trib. Teramo 26 gennaio 2010, cit.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. 19 agosto 1993 n. 8766, che rinvia a Cass. 12 ottobre 1989 n. 4081; Cass. 6 luglio 1990 n. 7109.

¹⁰¹ Cfr. Cass. n. 6406/92.

avviso e quella dell'integrazione salariale) che hanno la medesima funzione di compensazione per la mancata retribuzione; più semplice inferire la natura risarcitoria dell'indennità.

L'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso contribuisce alla maggiore linearità del sistema: come detto sopra, se l'indennità è oggetto di un'obbligazione alternativa a essa va riconosciuta natura retributiva e, dunque, non vi è alcuna ragione per ammetterne la cumulabilità con l'integrazione salariale, che per il periodo corrispondente ha esattamente la stessa funzione. La verità, come bene sottolinea la dottrina, è che, tanto nella legislazione quanto nella giurisprudenza, è diffusa la tendenza a considerare l'indennità sostitutiva quale pura e semplice forma di integrazione delle competenze di fine rapporto, a prescindere da considerazioni più rigorose sul piano logico-giuridico¹⁰².

Un argomento a favore della cumulabilità che merita di essere analizzato si ricava dalla giurisprudenza¹⁰³: la ragione per la quale dovrebbe ammettersi il cumulo tra integrazione salariale e indennità sostitutiva del preavviso sta nel fatto che “si verifica la stessa situazione del lavoratore che licenziato con l'indennità sostitutiva del mancato preavviso ed immediatamente rioccupatosi, può lecitamente cumulare la detta indennità e la retribuzione derivategli dal nuovo rapporto”. Anche se ormai, almeno nel pubblico impiego, si tende a escludere che l'indennità spetti ove il lavoratore si rioccupi senza soluzione di continuità¹⁰⁴, l'argomento è interessante, perché l'idea della cumulabilità è riferita talora¹⁰⁵ proprio all'indennità sostitutiva in rapporto a un trattamento di integrazione salariale fruito presso il secondo datore di lavoro, alle cui dipendenze il lavoratore era passato dopo la cessazione del primo rapporto.

In realtà l'argomento, che pure esercita una qualche suggestione, deve essere disatteso e le soluzioni devono necessariamente essere diverse nel caso di un trattamento di integrazione salariale fruito presso il datore recedente o, invece, presso un altro datore di lavoro.

Quando infatti il datore opta per l'indennità sostitutiva sta scegliendo, almeno sul piano materiale, di far cessare immediatamente il rapporto di lavoro; la percezione dell'integrazione salariale, peraltro quantitativamente

¹⁰² Così ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 428.

¹⁰³ Si tratta del Trib. Sulmona conf. da Cass. n. 7109/90.

¹⁰⁴ Cfr. T.A.R. Lazio Roma sez. II n. 5193/06.

¹⁰⁵ Cfr. la precedente Cass. n. 4081/89.

meno favorevole per il lavoratore (costituendo una percentuale della precedente retribuzione), implica l'assenza di una scelta siffatta e va considerata in tutto equivalente al preavviso lavorato, per cui le due soluzioni sono incompatibili anche nella logica dell'efficacia reale della regola del preavviso, che non può certo implicare un diritto all'indennità sostitutiva in caso di preavviso lavorato. Se il preavviso in integrazione salariale va qualificato come preavviso lavorato (e potrebbe anzi accadere che il lavoratore sia messo in cassa integrazione ma non a zero ore, fruendo quindi in parte dell'integrazione e in parte ricevendo la normale retribuzione), come conferma la giurisprudenza favorevole al decorso del termine durante il trattamento¹⁰⁶, è la stessa logica dell'istituto a impedire il cumulo con l'indennità sostitutiva¹⁰⁷.

Del resto la cassa integrazione guadagni ben potrebbe essere considerata un caso nel quale la legge consente al datore una legittima *mora accipiendi* compensata sul piano economico dall'intervento pubblico¹⁰⁸. Al contrario, l'indennità sostitutiva del preavviso o è frutto di una libera scelta del recedente (tesi dell'efficacia obbligatoria), ma allora non vi è neanche *mora accipiendi*, il rapporto si risolve e non si ha cassa integrazione, oppure (tesi dell'efficacia reale) ha natura risarcitoria di un illecito impedimento al godimento del preavviso lavorato, che però manca del tutto nel caso dell'integrazione salariale, nel quale non vi è illecito alcuno.

Infine, dall'accoglimento della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola e dal conseguente riconoscimento della natura retributiva dell'indennità sostitutiva del preavviso discendono anche, su questioni minori, una serie di conclusioni apprezzabili dal punto di vista della coerenza del sistema. Così la natura retributiva dell'indennità implicherà la sua inclusione nella base imponibile ai fini fiscali (di cui agli artt. 6, 46 e 48 del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917)¹⁰⁹ e ai fini contributivi (secondo il regime risultante dall'art. 12, l. 30 aprile 1969 n. 153, come novellato dall'art. 6, co. 1, d. lgs. 2 settembre 1997 n. 314)¹¹⁰, affermazioni più difficilmente armonizzabili con la natura meramente

¹⁰⁶ Cfr. *supra* par. 5 le citate Cass. n. 11569/97 e Cass. n. 12989/97.

¹⁰⁷ Per un riepilogo v. Cass. n. 11740/07, che si rifà in sostanza alla già cit. Cass. Sez. Un. n. 7914/94.

¹⁰⁸ Sulla *mora accipiendi* cfr. per tutti GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1965; BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, 1990; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992 (part. p. 59 ss. sulla cig).

¹⁰⁹ Cfr. in questo senso già Cass. 29 marzo 2004 n. 6252.

¹¹⁰ Cfr. Cass. 16 febbraio 2004 n. 2931.

risarcitoria dell'indennità sostitutiva, che dovrebbe a rigore derivare dall'attribuzione di efficacia reale alla regola del preavviso. Ma, nonostante il riconoscimento della sua natura retributivo-indennitaria, la giurisprudenza più recente, nell'accogliere l'idea della natura obbligatoria della regola del preavviso, nega che l'indennità sostitutiva possa essere computata ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, delle mensilità supplementari e delle ferie¹¹¹, poiché con il suo pagamento il rapporto si estingue.

6. *Il preavviso nelle riforme degli ultimi anni*

La legge 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. Riforma Fornero) ha inciso anche sull'istituto del preavviso, destando qualche perplessità. La norma chiave è il comma 41 dell'art. 1, secondo il quale “il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, oppure all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dal comma 40 del presente articolo, produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva”. La formula si riferisce al diritto al preavviso, ma questo periodo benché lavorato diventa estraneo al rapporto di lavoro? Questa soluzione, che estremizzerebbe gli effetti dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale sull'efficacia obbligatoria del preavviso di licenziamento¹¹², sembra non sostenibile, anche perché nell'impianto normativo è evidente che il periodo di preavviso è a tutti gli effetti considerato parte del rapporto di lavoro. Conferma esplicita della invarianza della natura del rapporto durante il preavviso¹¹³ si rinviene del resto anche nelle norme relative all'apprendistato. L'art. 1, comma 16 della legge alla lettera b) statuisce espressamente che “nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato”.

Sembra dunque ragionevole ritenere che, quando al lavoratore spetta il

¹¹¹ Cfr. Cass. n. 22443/10 e Cass. n. 21216/09. *Contra* Cass. 22 febbraio 1993 n. 2114 e Cass. 21 marzo 1990 n. 2328.

¹¹² Su cui v. par. 3 ss. Per l'efficacia obbligatoria da ultimo Cass. n. 12204/16; n. 17248/15. Per l'efficacia reale Cass. n. 5405/13 e Cass. n. 9959/12.

¹¹³ Conforme, nella sostanza, l'opinione di SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 245.

preavviso, gli effetti del licenziamento devono slittare alla fine del periodo di preavviso, salvo ovviamente il caso in cui sia corrisposta l'indennità sostitutiva. Certo la soluzione proposta potrebbe apparire in contrasto con il dettato normativo, ma si tratta in realtà di risolvere la potenziale contraddizione insita in quest'ultimo, laddove da un lato dispone l'efficacia retroattiva del licenziamento al momento dell'avvio della procedura e dall'altro fa salvo il diritto al preavviso. La diversa interpretazione, che condurrebbe a negare la sussistenza del rapporto di lavoro pur in caso di diritto al preavviso e di svolgimento dell'attività lavorativa durante il periodo di preavviso si scontra con il rilievo che è lo stesso legislatore della riforma ad affermare la sospensione del rapporto, e dunque degli effetti del licenziamento, in caso di infortunio o nelle ipotesi previste dalla legislazione di tutela della genitorialità. Il che, all'evidenza, prova che quando sussiste diritto al preavviso gli effetti del licenziamento non retroagiscono affatto all'inizio della procedura, come pure afferma il legislatore.

Quanto alla nuova procedura prevista per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotta dal comma 40 dell'art. 1, la previsione della retroattività degli effetti del licenziamento non sembra comportare problemi, a parte quello già segnalato per il preavviso: più che altro, considerato che il lavoratore continua a prestare la propria attività durante la procedura, la retroattività ha il solo effetto di precludere l'operatività di cause sospensive del rapporto una volta che il lavoratore sia venuto a conoscenza delle intenzioni del datore¹¹⁴. Del resto è la stessa ultima parte del comma 41 ad affermare che “il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato”¹¹⁵. Il che conferma che gli effetti del licenziamento in realtà non retroagiscono.

Sul diverso piano di una valutazione di politica del diritto l'opzione del

¹¹⁴ Per le preoccupazioni della dottrina per le condotte fraudolente del lavoratore v. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, I, part. p. 451. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in AMATO, SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, 2013, ebook reperibile su www.magistraturademocratica.it, p. 183, invece, valorizza una diversa interpretazione dell'art. 18, co. 5, secondo la quale il giudice, nelle ipotesi di applicazione della tutela c.d. indennitaria forte, “dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento”, senza efficacia retroattiva.

¹¹⁵ *Contra* CANNELLA, *I licenziamenti*, cit., p. 183. La medesima regola vale peraltro anche in tema di dimissioni: i sette giorni previsti dal comma 19 dell'art. 4 “possono sovrapporsi con il periodo di preavviso” (così il comma 21 dello stesso articolo 4).

legislatore fa ricadere sul lavoratore il costo della procedura, dato che il tempo per il suo svolgimento si computa nel periodo di preavviso cui il lavoratore ha diritto, con l'effetto di anticipare gli effetti del licenziamento rispetto alla fine della procedura per lavoratori che abbiano diritto a un breve periodo di preavviso. Le osservazioni critiche di parte della dottrina sul punto paiono condivisibili¹¹⁶. Tuttavia va considerato che l'introduzione di una procedura anche per il licenziamento individuale per motivi economici rappresenta un ulteriore aggravio per il datore di lavoro rispetto all'assetto normativo ante riforma, per cui questa opzione sembra frutto di compromesso politico o, comunque, dell'esigenza di distribuire gli oneri dell'innovazione su ambedue le parti del rapporto.

Secondo una parte della dottrina¹¹⁷ la soluzione adottata dal legislatore sarebbe incostituzionale perché lesiva del diritto alla difesa, almeno per quanto concerne il licenziamento disciplinare, e violerebbe la regola generale per cui gli atti unilaterali producono effetti nel momento in cui vengono a conoscenza del destinatario.

In realtà il diritto alla difesa non viene necessariamente leso per il fatto che al termine della procedura il licenziamento retroagirà al momento della contestazione, poiché il lavoratore ha avuto tempo e modo di difendersi nel corso della procedura. Inoltre va considerato che il problema, secondo la lettura preferibile, si porrà solo per il licenziamento senza preavviso. Per quello con preavviso, come si è detto, sembra che l'effetto retroattivo sia comunque da escludere.

Seconda novità di rilievo sta nella disciplina del comma 41, che fa salvo "l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità", nonché "in caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro". Il legislatore esclude l'effetto sospensivo della malattia, spesso utilizzata dal lavoratore durante il preavviso per paralizzare gli effetti del licenziamento: si tratta dunque solo della malattia insorta dopo l'avvio della relativa procedura¹¹⁸. La so-

¹¹⁶ In questi termini cfr. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, I quaderni di Wikilabour, CGIL Lombardia - Milano, p. 108.

¹¹⁷ Secondo SOZZI, *Il licenziamento disciplinare*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero*, cit., p. 108, "la previsione di retroattività degli effetti del licenziamento costituisce una autentica aberrazione giuridica [...] e appare viziata di incostituzionalità".

¹¹⁸ L'innovazione contrasta pratiche fraudolente: cfr. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*,

luzione è frutto dell'esigenza di evitare malattie fraudolente e tali non potrebbero essere (almeno in linea di massima) quelle insorte prima dell'inizio della procedura. Inoltre, consentire il licenziamento del lavoratore malato urterebbe contro valori costituzionali e demolirebbe l'istituto del comporto. Inoltre, se si tiene conto del fatto che la malattia non rientra tra le cause di discriminazione sanzionate dalla legislazione nazionale ed europea¹¹⁹, il lavoratore malato si troverebbe di fronte a un vuoto di tutela, non potendo appellarsi né alle norme in materia di malattia, né a quelle in materia di discriminazione.

Anche l'effetto sospensivo che la norma riferisce al d.lgs. n. 151/01 desta qualche perplessità. Una dottrina ha osservato che esso non rispetterebbe il portato della sentenza costituzionale n. 61/91, abrogativa dell'art. 2 l. n. 1204/71 “*nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e maternità*”¹²⁰. È vero tuttavia che la Corte si riferiva appunto alla sola gestazione e maternità e che il d.lgs. 151/01 ha contenuto più ampio. Per salvare la norma da una sicura censura di illegittimità costituzionale si dovrebbe quindi ritenere intatta la nullità del licenziamento della donna in gravidanza o in maternità o del padre che stia godendo di congedo fino al primo anno di vita del bam-

Giappichelli, 2012, p. 64 e PELLACANI, *Le modifiche alla l. 15 luglio 1966 n. 604*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 229, che sostiene l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio, preservandone così l'effetto sospensivo. Cfr. anche le preoccupazioni di MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., sul punto p. 451. Secondo CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, cit., p. 184, sarebbe normalmente operante l'art. 2110 cod. civ. Agli antipodi cfr. SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 249, secondo il quale anche la malattia professionale non dovrebbe avere alcuna rilevanza. Per l'assimilazione della malattia professionale all'infortunio sul lavoro cfr., condivisibilmente, D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 271.

¹¹⁹ In questo senso, cfr. C. giust., Grande sez., 11 luglio 2006, C-13/05, *SCN c. Euresst Colectividades SA*, in *ADL*, 2007, II, p. 217, che distingue tra discriminazione per handicap (tutelata) e discriminazione per malattia (non tutelata); Trib. Milano 25 febbraio 2008, *NA c. BHV Bau-sparkasse*, in *LG*, 2008, p. 850.

¹²⁰ Così FREDIANI, *Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento*, in CARINCI F., *MISCIONE* (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, suppl. a *DPL* n. 33/2012, p. 83. Secondo BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, *ivi*, p. 16 “non è facile capire in che cosa consista ‘l’effetto sospensivo’” dato che il t.u. commina la nullità al licenziamento della lavoratrice in maternità. Conf. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, cit., p. 182 e PAOLILLO, *La riforma del mercato del lavoro. Problematiche e criticità della nuova normativa sui licenziamenti*, in *RGL*, 2013, I, sul punto p. 461.

bino (per il quale anche il TU sancisce la nullità: cfr. art. 54, co. 7, d.lgs. n. 151/01) e riferire invece l'effetto sospensivo al godimento dei congedi parentali. Per questi ultimi, infatti, il comma 6 dell'art. 54 del d.lgs. 151/01 stabilisce che “è altresì nullo il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore”. La norma commina quindi la nullità solo al licenziamento determinato dalla domanda o fruizione del congedo, non a quello che trovi il lavoratore in costanza di fruizione dello stesso: quest'ultimo è valido se giustificato da altra causa, ma vede i suoi effetti sospesi fino al termine del periodo di congedo¹²¹.

Altra questione è quella del momento in cui devono sussistere gli eventi di cui si tratta per essere rilevanti. Eventi quali quelli considerati dal d.lgs. n. 151/2001 paralizzano il licenziamento (e ne determinano la nullità) anche se sono intervenuti dopo l'avvio della relativa procedura e dopo che quindi il lavoratore è venuto a conoscenza dell'intenzione datoriale? Probabilmente è proprio per far fronte a questo inconveniente che nel comma 41 si è stabilita la retroattività del licenziamento al momento dell'avvio della procedura. Quindi la gravidanza intervenuta dopo la comunicazione che dà inizio al tentativo di conciliazione non dovrebbe incidere sulla validità del licenziamento, anche se in atto nel momento in cui è intimato¹²². Tuttavia questa soluzione si scontra con i rilievi sopra esposti riguardo al preavviso: se questo è salvo, in realtà il licenziamento non retroagisce affatto quando il preavviso è lavorato e, dunque, essendo il rapporto di lavoro in vita, non è possibile sostenere sul piano giuridico che questi eventi non incidano se intervenuti durante il periodo di preavviso lavorato.

La soluzione sta nel riconoscere in questo caso l'effetto sospensivo di cui parla la norma del comma 41. La differenza dovrebbe dunque stare in ciò: il licenziamento la cui procedura sia avviata durante la gravidanza è nullo, mentre quello la cui procedura venga avviata prima della gravidanza poi sopravvenuta è invece valido, sia pure con effetti differiti al termine del periodo di preavviso, sospeso per la maternità. La soluzione è senza dubbio farragিনosa, ma allo stato sembra l'unica possibile¹²³.

¹²¹ Per altri problemi interpretativi cfr. CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, 2014, I, p. 401 ss., sul punto p. 420 ss.

¹²² Così BORGHESI, *Licenziamenti*, cit., p. 15.

¹²³ In effetti è questa la soluzione prospettata in dottrina: cfr. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a

In definitiva, la retroattività del licenziamento va intesa in senso improprio, vale a dire come mera misura antifraudolenta determinante l'irrelevanza, dopo l'avvio della procedura di licenziamento, di alcuni eventi che normalmente incidono sul rapporto di lavoro e sul potere di licenziamento. A ogni altro fine il rapporto sarà in vita finché il lavoratore presterà la propria attività e si estinguerà con il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso alla conclusione della procedura di licenziamento.

Nel complesso dalla lettura di queste disposizioni esce confermata l'impressione che la produzione legislativa nei settori "caldi" sia spesso di dubbia qualità: l'esigenza del compromesso politico prevale su quella di costruire un sistema normativo coerente. La sorte di molte innovazioni, in ogni modo, dipenderà dagli interventi della giurisprudenza, anche costituzionale, che, specie di fronte a un testo così articolato e confuso, giocheranno un ruolo fondamentale.

Al contrario della riforma Fornero, la recente ulteriore riforma della disciplina dei licenziamenti (d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, parte del c.d. *Jobs Act*) non interferisce direttamente con la disciplina del preavviso, ma la rilevanza dell'istituto quale tutela dell'interesse della parte che subisce il recesso è indirettamente accresciuta. La riforma ha infatti notevolmente esteso (sia pure solo per gli assunti dal 7 marzo 2015) i casi di monetizzazione della tutela contro il licenziamento illegittimo, prevedendo anzi che in caso di licenziamento economico una indennità sia l'unica forma di tutela per i nuovi assunti e riducendo in misura consistente l'indennità prevista in ogni caso di licenziamento illegittimo nella piccola impresa. La misura del preavviso e della relativa indennità possono costituire un incremento percentuale significativo del *quantum* spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, specie quando questi dipenda da una piccola impresa e/o abbia ridotta anzianità di servizio.

Abstract

Il saggio tratta l'istituto del preavviso di licenziamento attraverso l'analisi della sua natura, delle sue funzioni e delle regole che presiedono all'applicazione della normativa in materia, ricostruendo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ed evidenziando gli effetti del recente prevalere in giurisprudenza della tesi dell'efficacia obbligatoria della regola. Il lavoro si chiude con un approfondimento relativo all'impatto delle riforme della disciplina dei licenziamenti su quella del preavviso.

The essay concerns the notice of termination in case of dismissal, focusing on its nature, functions and legal regime. It points out the doctrinal and jurisprudential debate, highlighting the effects of the recent case-law thesis of the binding effect of the rule. In the last part of the essay the Author deepens the impacts of Italian dismissal reforms on the notice regulation.

Key words

Licenziamento, preavviso, indennità sostitutiva, efficacia della regola, Riforma Fornero.

Dismissal, notice of termination, termination indemnity paid in lieu, effectiveness of the rule, the "Fornero reform".

